

# 英米法 ニューサンス研究への序説 (一)

矢 頭 敏 也

## 目 次

は し が き

第一 いわゆる「公害問題」の法律上の取扱いの態様における

對照的な二つのタイプ——大陸法的と英米法的

第二 イギリス法における公害問題の取扱い方の一つとしての

のニューサンス——ニューサンスは、どういふ不法行

爲であるか

一 ニューサンスの觀念は、きわめて不明確である——そ

れは、どこからでてきたか

二 「ニューサンス」という語について

三 「公的ニューサンス」と「私的ニューサンス」(以上本

號)

四 ニューサンスによつて保護される利益は、歴史的に變

化してきた——(その一)、それは、不法行爲法にお

けるニューサンスの位置づけにどうあらわれているか

五 ニューサンスによつて保護される利益は、歴史的に變

化してきた——(その二)、それは、ニューサンスの

類型のたて方のうえにどうあらわれているか

六 ニューサンスにたいする救済方法にはどういふものが

あるか——その特色

第三 ニューサンスにおける主要な問題點

英米法におけるニューサンス研究への序説

## は し が き

一 原子力の平和的利用が計畫されて、わが國においても、近い將來にその實驗と利用が行われるようになると思われるが、そうなれば、それにともなつて、かならず放射能汚染をめぐる被害が発生して、社會的法律的な問題になることが當然豫想される。<sup>(1)</sup> 右のような場合に、被害者にたいする法的救済はどう行われるのであろうか。しかも、右のような問題は、單に國內法上の問題として提起される可能性があるばかりでなく、げんに國際法上の問題としても、またすでに提起されているのである。すなわち、アメリカ合衆國が、一九五四年三月一日ビキニ環礁において行つた水爆實驗によつて、わが國の漁業者その他について生じた恐ろしい被害は、われわれの記憶にまだ生々しく残つてゐるのであるが、その補償問題は、法律のわくのそとで、政治的に解決されてしまつたのであつて、國際法上の問題としては残されたままである。<sup>(2)</sup>

また、空軍基地の周邊にある學校が、ジェット機の爆音に悩まされて、教育上いろいろの惡影響をこうむつてゐることは、さいきんわが國の各地で問題になつてゐるところである。それは、『基地周邊の「學校と爆音」の悲劇はつきそうにもない』<sup>(3)</sup>といわれるほど多いのであつて、それを法的にどう取扱うかという問題は、まだ充分には考えられてはいないのである。<sup>(3)</sup>

右のような、原子力の利用にともなう超現代的な問題、あるいは、基地にからむ現代的な問題のほかに、さらに、われわれの周圍において、きわめて日常的に發生してゐる、本質的には同種の問題がある。すなわち、騒音・煤煙・惡

臭・震動・汚物の流出など、市民の安らかな生活をおびやかすような社會性をおびた種々の事柄が、わが國でもさいきん、いわゆる「公害」問題として、以前に比較して、かなり大きく取上げられるようになって(5)いる。

(1) すでにアメリカのテネシー州で問題が生じている。すなわち、テネシー州ローン郡の一角にあるホワイト・オーク湖という小湖が、附近にあるオーク・リッジ原子力研究所から放出される放射能の残存している廢棄物の棄て場所として利用されているために、湖の附近の生物が、明かに放射能に汚染されていることが確認された。そして、一九五〇年から一九五三年にわたって、放射能のある水をたたえているこの湖の附近の生物に及ぼす影響に關して、詳細な調査が行われ、危険きわまりない原子廢棄物を、いかに處分すべきかということが、アメリカ原子力委員會における重大な問題となつてきた、といわれている。(一九五五・一一・一六、朝日新聞)ただ残念なことには、右の報導からは、實際になんらかの被害が発生したのかどうか、そして、法律上どのような問題が生じているのか、ということを知ることができなかった。それらのことは、後の検討にまきたいと思う。

(2) ビキニ事件の記憶がまだわれわれの腦裡に生々しく殘されている間にも、核兵器の實驗は、あいついで行われ、またこれからもつづけられようとしている。そして、アメリカ原子力委員會のリビー博士によつて、全世界にわたつて行われた調査の結果にもとづいて、『いま行われようとしている核兵器實驗は、ラヂオ・ストロンチウムに關する限り、人間にたいして、なんら健康上の危険をもたらすものではない』と聲明されたのであるが(Jan. 21, 1956, Nippon Times)それにもかかわらず、ビキニ事件によつて苦い經驗をなめさせられたわれわれの危惧は、いささかも輕減されることはないであろう。そこで、一九五六年の春に太平洋エニウェトク環礁において行われようとしているアメリカの水爆實驗に關して、日本政府はアメリカ合衆國政府と『非公式會談』を行つてきたのであるが、駐米日本大使館の高官が語つたとして傳えられるところによれば、『日本は、太平洋で行われる水爆實驗にたいして抗議する意圖をもたない』のであつて、日本の漁業者が捕獲した魚が放射能によつて汚染されていた場合に、『おそらく、補償請求が行われるであらう』と云ふことである(Jan. 21, 1956, Nippon Times)。もし右の報導が眞實であるとするならば、われわれはビキニ事件の二の舞を演ずることになりはしないであらうか。そこで、われわれは、ビキニ事件が、政治的に解決されてしまつて、法律問題としては殘されていることを思いおこすならば、右のような問題を、イギリス法およびアメリカ法、とくに後者にそくして考えなければならぬことになるであらう。そのような觀點からビキニ事件をみ

たものに、内田力藏教授の、「トレイル・スメルター事件——ビキニ事件のための資料として——」(ジュリスト九二號七頁以下) および「水と空氣の汚染による公的妨害についての合衆國の二、三の州際事件——ビキニ事件のための資料として——」(ジュリスト九五號二六頁以下) がある。

(3) 一九五五・七・一九・西日本新聞。現狀としては、たとえば、板付のアメリカ空軍基地の周辺の學校にたいしては、日米行政協定にもとづく、「騒音補償」が與えられて、不十分ながら防音設備などが設けられたが、同じ九州の鹿屋の海上自衛隊鹿屋航空機隊の飛行場の周辺の學校の場合には「騒音補償」が與えられてはいない。そして、鹿屋市民からの騒音補償制度を設けよ、という陳情にたいして、防衛廳では、日米行政協定にきめられている程度の補償費なら支拂うべきだ、との見解だといわれているが(右同、西日本新聞)、まだ實現はしていない。

(4) 「公害」という語は、法律學上、熟したのではないが、さいきん、行政機關によつて、一般的に使用されている。たとえば、東京都「工場公害防止條例」(一九四九・八・一三)、あるいは、厚生省が、「ばい煙、ホコリ、有毒ガスによる空氣の汚染、工場、乗物、バチンコ屋などの騒音、鑛山、工場から流れる汚水、廢液による水質汚濁、臭氣など……國民の日常生活に與える被害」について、「公害實態調査を行つて……公害取締法のようなものを新たに制定」しようとしている(一九五五・五・二二、東京新聞)などはそれである。したがつて、「公害」は、英米法において、犯罪(輕罪)の一種とされる「公的ニューサンス」(public nuisance)にふくまれる妨害に、ほぼ一致する言葉であつて、私法上の場合に、そのまゝ用いることはどうか、とも思われるが、ほかに適當な言葉も見當らないし、また、さほど不都合もないと考えられるので、本稿においては、社會性をおびた、大規模な妨害について、公法上と私法上で區別することをしないで、「公害」という語をそのまゝ用いることにした。

(5) かつて、明治の末年に、東京の深川に、淺野セメント會社の降灰事件があつて、當時問題とされたことがあつた。(鳩山秀夫・「工業會社ノ營業行爲ニ基ク損害賠償請求權ト不作爲ノ請求權」・法協二九卷四號(一九一一年)五九九頁)

しかし、この種の事件が、いわゆる「公害」問題として、大きく、しかも繼續的に、とり上げられるようになったのは、とくに、さいきんのことである。すなわち、本稿において若干引用されているような新聞記事がでるようになったのも、ようやく、ここ二、三年のことである。そして、この問題にたいする關心のたかまりは、いくつかの雑誌の掲載論文にもうかがえる。たとえば、わりあいひろく讀まれていると見てよい「法律時報」の第二七三號(一九五三年)は、「パブリック・ニューサンス」の特

集にあてられている。そこに収められた論文には、つぎのようなものがある。

戒能通孝・「權利濫用とニューサンス」、金澤良雄・「總合開發に伴う損失補償」、渡邊洋三・「農業水利權における權利侵害」、喜多村俊夫・「日本の灌漑水利慣行」、小林健夫・「鑛害の豫防と回復」、大濱信泉・「同盟罷業とニューサンス」、上村貞一・「都市騒音の防止について」。

さらに、公害問題にたいする對策が行政機關によつて計画されて（三六四頁註（2）参照）、そのごく一部分は、すでに、實施に移されている。

ところで、右のように、公害問題が、さいきんとくに大きく取上げられるようになったことは、一つには、市民の平和な生活をかきみだすような災害、ないしはその危険が——水爆という凄いのまでが加わつて——、このごろでは、いぜんと比較して、かなり大きく、かつ廣範になつたこと、また、一つには、戦後の日本の社會の變化によつて、多かれ少かれ、市民の私生活の尊重、ということが人々の意識にのぼるようになったこと、によるものと考えられるのである。そして、右のような公害對策の、効果的な實施によつて、わが國の市民の權利意識がたかめられ——あるいは、よびおこされ——たり、あるいは、市民の權利意識のたかまりが、公害對策やその他の制度に反映したり、するようになればさいわいであるといわねばならないであらう。

右に述べたように、公害問題が、さいきん大きくとり上げられているといつても、それは、いづれも、行政的な取締りの面からであつて、この問題にたいする私法上の取扱い方に關しては、あまり考えられていないとみえる點が特徴的である。しかも、この問題にたいするわが國の私法上の取扱い方は、後に述べられるように、きわめて不充分なものである、といわなければならぬのである。それにもかゝらず、なぜ私法上の取扱い方が、現在のわが國において、あまり問題とされないのであらうか。その原因の一つとして、わが國の市民の權利意識の低さをあげることができるとはなからうか。すなわち、わが國においては、公害による被害者は、せいぜい、新聞に投書するか、問題を警察へもちこんでいるくらいにしかすぎないのである。（しかし、騒音の場合は別として、この種の問題を取扱っている機關は、實際には、東京都に例をとれば、東京都廳の建築局指導部であつて、そこでは、建築基準法および東京都工場公害防止條例の二つを盾にとつて、迷惑な工場などの取締りを行っている。）そして、被害者が、損害賠償請求訴訟——ないしは、妨害排除請求訴訟、あるいは、兩者を併合して——を提起して、私法上の救済を求めようとした例は、過去に若干あるにはあるが、ほとんど皆無である、といつてもよいほどである。

これにたいして、イギリスやアメリカにおいては、被害者が私法上の救済を求めることが、わが國の場合に比較して、すこぶる多かつた、といわなければならぬであろう。このことは、公害問題にたいする英米法の取扱い方であるニューサンスが、一連の豊富な判例によつてさゝえられてゐること、そして、ニューサンスが、不法行為法における一類型として、早くから確立されてゐる、という事實によつても理解できるであらう。

したがつて、われわれは、右のことから、—わが國における私法上の取扱い方の缺陷も考えなければならないが——日本の市民の法意識⇕權利意識が、イギリスやアメリカの市民のそれに比較して、低いことを認めなければならぬであらう。そして、そのような法意識⇕權利意識の低さが、わが國において、公害問題にたいする私法上の取扱い方への關心が低いことの一つの原因になつてゐる、と思われる。

二 ところで、右のような問題は、なんといつても、産業革命によつてもたらされた近代的な工場生産制の成立と

近代都市の勃興とに、必然的にともなわざるをえなかつたと考えてよいのであらう。すなわち、産業という巨人の命ずるまゝに、貧しい村落に工場が建設され、工場を中心にして新しい都市がぞくぞくと興つた。ところが、その巨人は、なんらの都市計畫をもたず<sup>(1)</sup>に、それらの近代的都市を、無計畫的に膨脹せしめて、市民たちにいろいろの苦惱をもたしたのである。

イギリスの歴史家トレヴェリアン (G. M. Trevelyan) は、その名著『イギリス社會史』‘English Social History’の終章「ヴィクトリア時代の第二半期 (一八六五—一九〇一)」の中で、十九世紀後半におけるイギリスの社會について、つぎのように述べてゐる。<sup>(2)</sup>

『ヴィクトリア時代後期における都市は、衛生、照明、交通機關、公共圖書館や公衆浴場、またある程度までは住

宅、などについて、急速な改善を受けつつあつた。……國家によつて補助されたこの都市改良運動は、極端な社會的災禍を防止した。……それにもかかわらず慘憺たる遺産が、多くの點において二十世紀へと受け繼がれたのである。近代都市は、その膨脹の無計畫的な泥沼の中で、形態と特色とを失つてゐる。それは人間精神にとつて、死の獄舎にもひとしいものである。現代イギリスにおける都市及び郊外生活は、わが國の昔の農村生活や古代及び中世ヨーロッパの都市生活がかつてしたように、眼を通じて想像に訴へることがなくなつた。北部の産業都市の間における市民的誇りや市民的競争心は、ほとんどまつたく唯物的に傾いていて、決して美を求めようとするものではなかつた。煙や煤塵の黒衣だけでも、人生の眼に見える面における美や喜びを求めようとする努力に水をさすのに充分であつた。

新しい都市は、餘りにも大きすぎて個性的な統一や性格をもつことができぬばかりか、アテネ、ローマ、ペルシア、ニュルンベルク、チューダー朝時代のロンドン、その他數多くの古い都市が眺められ愛されたように眺められることすらもできなかつた。事態をもつと惡化させたのは、ヴィクトリア時代の都市には實際、上何等の都市計畫もなかつたことである。國家は、しばしば快適さや公衆の福祉などを度外視して、地主や投機的な建築業者が彼等の私利私得にもつとも適するように、わが現代イギリスを地取りすることを許したのである。〔傍點筆者〕……

後期ヴィクトリア時代の人々は、彼等の苦惱を困つたことだと思つてはいたが、それに對抗して、充分な措置をこうずることはできなかつた。ラスキンは、これからの世代の作家や思想家に、彼等の父祖が非常に誇つていた、産業的文明にたいする嫌惡の念をふきこんだ。……すでに一八六八年に、ウィリアム・モリスは「地上の天國」

‘The Earthly Paradise’ のプロローグで、つぎのように書いている。

忘れよ、すすけぶり空にかかれる六つの州 (counties) を、

忘れよ、鼻嵐吹く蒸氣とピストンの響を、

忘れよ、恐ろしき町の擴がりゆくを。

むしろ、丘をゆく駄馬をこそ思い、

小さく白く清らけきロンドンを、

綠なす庭園をもて縁どりて水澄めるテムズをぞ夢にみよ。…………

しかし想像の中でより他には後戻りは出来ないのである。』

(1) 公害問題にたいする根本的對策としては、都市計畫法のような法律によつて、工場地區と住宅地區などの區劃を明確にして、問題の發生する根源を絶つことが一番望ましいことはいうまでもない。

(2) Trevelyan, G. M., *English Social History: A Survey of Six Centuries*, Chaucer to Queen Victoria, 3rd ed., 1946, pp. 578-80. なお、林健太郎譯・『英國社會史』・下巻二四七頁以下參照。

三 たしかに、鐵と石炭とをあわせて利用することからはじまつた産業革命は、人間の生活に豊かな物質文明をもたらしたのであるが、それと同時に、多くの害惡と苦惱をもたらすことをも忘れなかつた。そして、「六つの州の空にかかれるすすけぶり」や「鼻嵐吹く蒸氣とピストンの響」などによつて、市民の安樂な生活が妨害される害惡や苦惱は、「忘れよ」といわれても忘れることはできない。そして、右のような社會性をおびた大規模な妨害をどう處理す



るか、といういわゆる「公害」問題は、ひとりイギリスに限られることなく、近代社會に共通のものであつた。それに、このごろでは、前述のように、原子力の利用によつて開かれる第二次産業革命からは、放射能汚染をめぐる被害という問題が、すでにわれわれの目前にせまつてきているのである。

そこで、そのように近代諸國家に共通な「公害」問題は、諸國の法律の下で、どのように取扱われているのであろうか、ということが問題になる。各國には、それぞれの取扱ひ方があると思われるが、先進國といわれ、またそこから産業革命がはじまつたイギリスにおける取扱ひ方と、近代化のやや遅れたわが國における取扱ひ方とを對比して考察することは、とりわけ興味のあることにちがいない。

さて、いわゆる公害問題の取扱ひについて、イギリスとわが國とでは、焦點のおき方がことなつていられる。すなわち、イギリスにおいては、それを重要な法律上の問題の一つとして取扱うという點に焦點がおかれてきたのであつて、そのことは、後にくわしく述べられるように、古くから存在したニューサンスの法理——刑法上の公的ニューサンスと不法行爲法上の私的ニューサンスの二つの面があつた——を基礎として、産業革命後の近代的な公害問題について、主として、いわば私法的な處理がなされてきたこと、あるいは、十九世紀の半ばごろから後において、公害を除去し豫防するための法律が數多く制定されて、公害問題<sup>(1)</sup>を、いわば行政法的に、すなわち公法的に解決しようとする努力がつづけられてきたこと、などからも知ることができると思われる。これにたいして、わが國においては、公害問題は、法律上の問題としてよりは、むしろ社會問題として放置されてきたといつてよいと思われるのであつて、そのことは、後にくわしく述べられるように、公害問題にたいする私法的な取扱ひ方には、鑛業法の鑛害賠償

(同法第六章)を除いては、根本的に匡正されなければならないほどの救済の狭さと不條理が存在しているのにもかかわらず、それを匡正しようとする努力が、あまりなされていないこと、あるいは、特別な法律を制定して、公害問題を行政法的に解決しようとする努力も、またきわめて微弱であつて、實際にはほとんど効果をあげてはいないといつてもよいほどであること、<sup>(2)</sup> などからも知ることができると思われる。そこで、わが國においては、「公害」が発生したときには、多くの場合、妨害者を批難し善處を求める聲があがるくらいがせいぜいのことであつて、ごくまれには、被害者が、新聞に投書したり、あるいは警察へ問題を持ち込んだりすることがあつても、結局のところは、警察や顔役を間にいれた、東洋的ないわゆる「話し合い」によつて、うやむやのうちに結末がつけられることが多い。

(1) 主な制定法につきのようなものがある。一八四八年公衆保健法 (Public Health Act, 1848, 11 & 12 Vict. c. 63) 一八五三年煙害 (首都) 法 (Smoke Nuisance (Metropolis) Act, 1853, 16 & 17 Vict. c. 128) 一八五五年疫病豫防法 (Diseases Prevention Act, 1855, 18 & 19 Vict. c. 116) イングランドにたゞする一八五五年ニューサンス除去法 (Nuisances Removal Act for England, 1855, 18 & 19 Vict. c. 121) 一八七二年 (35 & 36 Vict. c. 79) および一八七五年 (38 & 39 Vict. c. 55) 公衆保健法など。

(2) たとえば、東京都「工場公害防止條例」、「ばい煙防止條例」(一九五五・二二・一、施行)、東京・大阪・神奈川などの「騒音防止條例」など。このほかに、厚生省が、全國的な公害實態調査を行つて、將來、「公害取締法」を制定しようとする計画があり(一九五五・五・二二、東京新聞)、また、東京都では、住居専用地區を指定して、同地區内での工場その他の建築制限を行おうとする計画がある(一九五三・一〇・二二、朝日新聞)。しかし、右のような對策の實効性をもたせることには、大きな困難がともなうものと考えられている。すなわち、「設備改善に金がかかつ」たり(一九五四・九・二六、朝日新聞)、「公害取締りの對象がほとんど中小企業で嚴格に取締れば、つぶれるという弱小企業の悲劇が豫想され」たり(一九五五・五・二二、東京新聞)、また、住居専用地區を指定しても、「いままですら地區内にある工場、旅館は既得權があるため、營業を中止させることは

むきなら」(一九五三・一〇・二一、朝日新聞)、というように。

四　ところで、公法上における公害問題の處理は、主として、行政法規にもとづいて、妨害を豫防し、あるいは除去するという點に集約される。また、私法上における公害問題の取扱は、主として、不法行爲法上の損害賠償を與え、あるいは——わが國の場合には、物權の請求權にもとづく——妨害の豫防や除去を認めるということに重點がかけられる。ところで、公害問題の取扱においては、公法上の處理と私法上の解決とのどちらに重要性がおかれるのであろうか。イギリス近代法史でいえば、發生的には、私法上の解決に重要性がおかれていたが、このごろでは、公法上の處理に重要性が移行してきている、といえると思われる。すなわち、この種の事柄は、はじめは、農村的社會において、個人と個人との間、いかえれば隣接土地所有者相互の間に發生する小規模の妨害を、法律上どう取扱うか、という觀點から考えられて、主として、不法行爲法上の問題として提起され、私法的に解決された。ところが、前に述べられたように、産業革命によつて、近代的工場生産制が成立すると、妨害が大仕掛ででくるようになり、また一方では、近代都市が勃興するにつれて、被害者は、もはや單なる個人ではなくなつて、都市に住む多數の市民へと變つてきた。したがつて、右のような、社會性をおびた大規模な妨害——いわゆる「公害」——にたいしては、隣接土地所有者である個人と個人との間に發生する妨害の場合とはことなつた取扱ひ方が考慮されなければならないはずである。いかえれば、公害問題は、個人對個人の問題としてよりは、社會的な規模において考えられなければならないとなつた。そこで、公害問題にたいする國家ないし公共團體の積極的な干渉が増大することになり、重點は、次第

に行政法上の取扱の方に移行した、といつてもよいと思われる。そして、そういう傾向は、福祉國家の下では、ますます強くなってくる。後に述べられるイギリスの「制定法上の公的ニューサンス」*‘statutory public nuisance’* は、まさにそのことを示しているのである。

五 このようにして、いわゆる公害問題が、法律上の問題として取扱われる場合には、私法上および公法上の二つの面が考えられるのであるが、そのいずれに重要性をおくにしても、この種の事柄においては、つぎのような根本的な要請があると思う。第一に、事柄の性質上、妨害の発生が豫防されるか、あるいは妨害が除去され、その繼續がたれるということが最も望ましい。そして、そのためには、第二に、手續が簡易、迅速、的確であることが必要であつて、それには行政的措置の方がよりかなうという特質をもっている。さらに、損害が生じた場合には、私法上の損害賠償が與えられなければならない。それには、巨人としての産業から個人を保護するために、第三として、無過失責任的な原理の樹立が要請される<sup>(1)</sup>。

そして、右のような三つの要請にたいして、イギリス法とわが國の法と法學とは、どう答えているのであろうか。イギリスでは、ニューサンスによつて、かなり答えられているように思われる。すなわち、後述のように、ニューサンスにたいしては、必要な場合には常に、妨害を豫防し除去するための差止命令 (*injunction*) が與えられ、あるいは自力除去 (*abatement*) が認められる。また、制定法によつて定められているいわゆる「制定法上の公的ニューサンス」にたいしては、公共團體によつて行われる、簡易迅速な手續がとられる。さらに、損害が発生した場合には、

無過失責任にたいへん接近した不法行爲であるといわれている私的ニューサンス (2)(3) (private nuisance) による損害賠償が與えられるのである。これにたいして、わが國では、前述のように、公害問題は、法律上の問題としてよりは、

むしろ社會問題として放置されてきたのであつて、したがつて、わが國の法と法學においては、右の要請にたいする答えは、きわめて不十分にしかなされなかつた、といつてもいいすぎではないであらう。それに、たとえば、イギリス法における私的ニューサンスは、まず被害者の權利をどう認めるかという立場からアプローチする、『無過失責任に、たいへん接近した不法行爲』(3)の一種であるのにたいして、わが國の不法行爲法は、妨害者の權利をどう認めるかという大陸法の立場、とくにフランス法の立場に接近しながら、(4)後に述べられるように、基本的には過失責任主義のうえにたつてゐるのである。

ところで、右のような、イギリス法とわが國の法と法學との間にみられる、きわめて基本的な、取扱い方ないし立場の相違からどんな結果がでてくるか。たとえばこうである。前述の空軍基地周邊の「騒音補償」問題について、『米軍基地周邊の學校にたいしては——日米行政協定にもとづく——「騒音補償」があるのに、自衛隊の場合にはそれが(5)ない』というようなちがひとなる。すなわち、それは、まさしく、アメリカ法、ひいてはイギリス法の立場と、わが國の法と法學の立場と取扱い方が違つてゐることからでてくるのである。

(1) 末弘嚴太郎博士は、つとにこのことを主張して、つぎのように述べられる。『音響・煤煙……等に因る災害から社會を救ふ必要は現在極めて重要であるにも拘らず、從來我國に於ては此點に關する學者の研究も不十分であり立法亦甚だ不完全であつて、十分社會的要求を満足せしめ得ない狀態に在る。私は此現狀を打破する爲めに、先づ第一に無過失賠償制度を樹立すべきことを要求する。第二に災害豫防の制度を充實すべきことを要求する。而して第三には豫防並に救済の簡易迅速を計る爲め調停乃

至仲裁制度の設置を要求する。』(末弘・「音響・煤煙等の災害と法律」・法律時報・六卷十號「一九三四年」三頁)

(2) 英米法における私的ニューサンスは、不法行為類型の一つであるが、わが國に、それに當る不法行為の類型があるわけではない。そして、『これを日本法に照せば、ある種のニューサンスは相隣地關係の規定の領域に屬し、ある種のニューサンスは一般不法行為理論の適用によつて解決され、またあるものは企業責任論、權利濫用等の特殊理論によらなければ説明できぬものである。』のである。(大濱信泉・「同盟罷業とニューサンス」・法律時報・二七三號「一九五三年」四五頁參照。)

(3) 内田力藏・「座談會・各國における無過失責任への傾向」・法律時報・三〇六號「一九五五年」五〇頁。

(4) 戒能通孝・「權利濫用とニューサンス」・法律時報・二七三號(一九五三年)三頁。牧野英一・「權利の濫用」・法協・二二卷六號「一九〇四年」・「法律における進化と進歩」(一九二五年)二二三頁以下所收。

(5) たとえば、板付米軍基地の場合には、「騒音補償」があるのに、海上自衛隊鹿屋航空機隊の場合には、それがない。(一九五五・七・一九、西日本新聞)なお、三五八頁註(3)參照。

六 ところで、右に述べたように、わが國の法と法學における取扱い方と英米法におけるアプローチの仕方との間には、立場の相違がみられるのであるが、公害問題にたいする取扱い方として、そのいづれがより適當な方法なのであろうか、また、なぜそのような差異が出てきたのであろうか、そして、わが國においては、なぜ英米法におけるニューサンスのような觀念が出てこなかったのであろうか。それらは、本研究の基本的なテーマである。

わが國においても、産業の發達と都市の發展にともなつて、種々の社會性をおびた妨害が発生するとともに、英米法における取扱い方を集約的に示している法概念ないし法技術であるニューサンスが注目されて、すでに若干の研究がなされてきたのであるが、ニューサンスに關する諸問題を、根本的・體系的に考究したものは、まだほとんどない<sup>(1)</sup>

ようである。そして、ニューサンスを、そのように根本的・體系的に理解するためには、歴史的・發展的にみる必要になると思われるが、これまで、わが國におけるニューサンスの研究には、右のような觀點から考察されたものはないようである。

(1) いままでに、ニューサンスを考察した、およそつぎのような論稿がある。池田寅二郎・「ニューサンスに就て」・法協二九卷四、五、六、八號(一九一一年)、入江眞太郎・「英法に於けるニューサンスの法理」・法學新報三三卷三號(一九二二年)、平井(末延)三次・判例に現はれたる營業とニューサンス」・法協四三卷二號(一九二五年)、田中和夫・「英私法に於ける騒音煤煙等に關する法理一斑」・法律時報六卷一〇號(一九三四年)、谷口知平・「英米法における權利濫用」・比較法研究三號(一九五一年)、戒能通孝・「權利濫用とニューサンス」・前掲、大濱信泉・「同盟罷業とニューサンス」・前掲。

七　そこで、わたくしは、本研究において、前述のような基本的な問題を意識しながら、イギリス法やアメリカ法における、公害問題の取扱ひ方であるニューサンスを、さしあたりは、その私法的側面を中心として、できるかぎり、歴史的・發展的に理解しようとする。ここでは、出發點としては、近代イギリス法のはじまる時期を劃したとみられているブラックストーン<sup>(1)</sup>の『イギリス法釋義』(Blackstone, Commentaries on the Laws of England. 1765-68.)によつて、ブラックストーンの法の體系におけるニューサンスの位置づけと基本的な性質をたしかめ、そこから、ニューサンスは、どんな推移の過程を経て現在にまで達しているのかということが、重要な判例と學者の所説とによりながらあとづけられる。それにニューサンスの法の現状の分析がつづけられる。本研究の構成は、大體つぎのようである。

第一には、ブラックストーンの『イギリス法釋義』第三卷第十三章「ニューサンスについて」の解説が紹介され、関連する事柄について、いくらかの補足的説明が附け加えられる。そして、そこでは、ブラックストーンにおける、ニューサンスの位置づけとその確定、類型および理論の分析が主題となる。右のように、ブラックストーンの解説を概観することによつて、近代イギリス法におけるニューサンスのおよその輪郭を描くことができるであろう。もちろん後に述べられるように、ニューサンスは、十三世紀には知られていたのであるから、グランヴィール、ブラクトンあるいはクックにまで遡ることが必要であろう。ところが、近代的な社會性をおびた妨害行爲—公害—にたいする取扱い方であるニューサンスは、産業革命を境として大きく變化している。ニューサンスの法理は、産業革命とともに、本格的實用性をもつに至つたとさえみてよいと思われる。したがつて、産業革命前の、農村社會を中心として適用されたニューサンスの法を理解するためには、いちおう、十八世紀半ばにあらわれ、中世の法と近代の法との間に立つて、架橋的役割を果していると思われる、ブラックストーンの『イギリス法釋義』にまで遡れば十分であろう。

第二には、産業革命によつて、近代的な工場生産制が確立され、資本主義社會が完成する、十九世紀半ば頃から十九世紀末までの間に、ニューサンスの法が、その類型と理論とにおいてどう變つたか、ということをも、重要な判例と、それを理論的に處理する學者の見解によつて考察しようとする。學者の著作としては、主として、ステイーヴンの『新イギリス法釋義』(Stephen, *New Commentaries on the Laws of England*) や、不法行爲法における古典的立場を代表しているとみられる、ポロック (Pollock) とサーモンズ (Salmond) の『不法行爲法論』(*Law of Torts*) について考察する。そのさう、バンタム (Bentham) やシジウィック (Sedgwick) などの、功利主義派の人々の、財



産權とそれにたいする侵害についての所説が参照されるであらう。そして、

第三には、生産技術の新しさと近代的都市生活をその特質とする二十世紀の社會において、それらの特質が、ニューサンスの法理にどのように影響しているのかを追求して、今世紀にはいつてからの、ニューサンスに關する主要な判例と著作にそくして、その類型と理論とが究明される。著書としては、ホールズベリの『イギリスの法律』(Halsbury, *The Laws of England*.)' シェンクスの『イギリス市民法のダイジェスト』(Jenks, *A Digest of English Civil Law*.)' スティーヴンの『新イギリス法釋義』の新版などの解説や、不法行為法における現代的立場を代表するウィンフィールドの所説などが主として参照される。ここでは、また、十九世紀末における訴訟手續の合理化への努力、特に十九世紀末からの、不法行為法の一般理論を打ちたてようとする試み、あるいは不法行為を實體法的に體系的にとらえようとする試みが、ニューサンスの法理にどのような影響をおよぼしたか、というような問題もとりあげられる。そして、

第四には、ニューサンス法にたいする、右のような考察を土臺として、イギリスのニューサンスの法理の現状が、主要な判例にもとづいて分析される。

以上のような要領で、イギリス法におけるニューサンスの概要が説明されたのちに、さいごに、

第五として、アメリカ法におけるニューサンスの法理がとりあげられる。ここでも、イギリスの場合と同じような方法によつて、アメリカのニューサンスの法理の發展が、重要な判例とケントの『アメリカ法釋義』(Kent, *Commentaries on American Law*.)' クーリーの『不法行為法論』(Cooley, *A Treatise on the Law of Torts*.)' など、十九世

紀にあらわされた著作とか、今世紀にはいつてからの、それらの著作の改・新版ないしはその他の不法行為法に關するテキスト・ブック、あるいは不法行為法のリストイメント、などの諸著作によつてあとづけられる。そこでは、また、イギリス法を繼受したアメリカ法が、その後、しだいにイギリス法から離脱して、多かれ少かれ、獨自の法を作りだしてゆく過程において、ニューサンスの法理がどのように變化していつたのか、ということも考察される。そして、さいごに、右のような考察を土臺として、アメリカ法におけるニューサンスの現狀が、判例を中心として分析される。

以上が、本研究のプランのあらましであるが、本論にはいる前に、いちおうの見通しをつけておくという便宜のために、「序説」として、まず、わが國の法と法學及び英米法におけるいわゆる公害問題の取扱ひの態様にみられる根本的な特色をあげ（その第一）、つぎに、イギリス法におけるニューサンスは、どういう不法行為であるか、ということについて、序説として必要な限度で述べ（その第二）、そして、さいごに、ニューサンスにおける主要な問題點が、とりまとめて提示される（その第三）。

(一) ブラックストーンの『イギリス法釋義』の地位については、内田力藏教授の、「イギリス家族法の基本原理」(法學理論篇八二、一九五一年) 三六—三七頁參照。

(二) アメリカにおけるイギリス法の繼受について、水田義雄教授は、本誌第二四卷第一冊(一九四八年)所收の「アメリカ法學の出發點」の中で、『アメリカに於ける英普通法の繼受の問題に就いても同様、當時の事情を詳らかにする必要が存するであらう。』(三頁)と考えられて、アメリカ植民地時代における法律、ニュー・イングランドでのその特異性等についてくわしく論ぜられた後に、つぎのようにいわれる。すなわち、『諸植民地は斯く普通法への方向を一途に辿つた。それは獨立革命前十年頃迄に一應、法律制度に關する統一意識によつて、促進、遂行せられた。普通法が之に理念を與え、規準を提供したのであつた。』

：各植民地の建設者がイギリス人であり、移住者亦多くイギリス人であつて見れば、之は其各々を結ぶアングロサクソン民族の眞紅の血族の繋がりにもかまけて、其處に英普通法が共通に採用せられたらう事は一應考へられる處であるが、之は前數項に渡つて見て來た様に、然かく簡單には行かなかつた、事實、普通法をそつくりそのまゝ繼受したといふ様な植民地は一つもない、英法に於ける著るしい不合理には直ちに改善のメスが加へられて居る。』と（四八頁）。なお、平 良助教授の「アメリカにおけるコモン・ローの繼受」・法學研究二八卷三號二三頁以下參照。

（3）この點について、水田義雄教授の、『アメリカ法形成時代』・本誌二六卷一冊一頁（一九五〇年）、および、内田力藏教授の、『バウンド「アメリカ法の發展とそのイギリス法からの離脱點」・社會科學研究三卷二號五三頁（一九五一年）、三號七八頁（一九五二年）參照。

## 第一 いわゆる「公害問題」の法律上の取扱ひの態様における對照的な二つのタイプ——大陸法的と英米法的

### 一

前に述べたような、いわゆる「公害」について、妨害者は、周囲の被害者にたいして、法律上責任を負うべきであるのか、また、負うべきだとすれば、どんな責任を負うべきものであるか。他方、被害者は、どこまで被害を受認しなければならぬのか、あるいは、被害がどの程度に達すれば法的救済を求めうるのか。妨害者の側からいえば、自

己の利益の主張、すなわち権利の行使であり、被害者の側からいえば、まさに利益の侵害、すなわち権利の侵害にはかならない。そこには、明白に二つの利益の對立のあることが注目される。このような場合に、おのおのの権利をどの程度認めるのか、ということは簡單には解決できないことである。しかし、自由放任は許さるべくもなく、法はその間に立つて、適當に調節しなければならない。「生活必需品を供給する有益な營業」と、それから生じた居住者の被害とをどう調和させるかについて、この間の問題を、つぎのビショップ (Bishop) の文章は、きわめて明瞭に浮びあがらせているといえよう。すなわち、

『社會の繁榮と幸福とに必要缺くべからざるものに二つある。生活必需品を供給する有益な營業と、衛生的な平和な住居とである。ところで、住居のための建物と營業のための建物とは、うまく離れ離れになっていることができない。そこで、ここに二つの利益が、一つの窮極の目的地に向つて、同じ路を進むことになるのであるが、その間永却の争をつづけることになる。そこで、裁判所は、兩者の間に立つて裁判をなすに當つて、兩者にたいして、單なる便利や安樂に屬するもののいくぶんかを犠牲に供することを必然的に要求する。すなわち、裁判所は、兩者が破滅に迫いこまれない程度において、おのおのが自己の權利を主張することを許すのである。』<sup>(1)</sup>

このような利益調和の法理が、英米法におけるニューサンスの法理の大部分をなしている。フランス法における權利濫用理論もまたこの問題を中心として發達したのである。

(1) Bishop, J.P., *Commentaries on the Non-Contract Law*, 1889, pp. 180-181, (§418). なお、平井(末延)三次・「判例に現はれたる營業とニューサンス」・前掲・參照。

さて、日本の法と法學は、この問題にたいして、前述のように、主として、妨害者の立場をどう認めるか、という立場からアプローチしてきた。それは、不法行為法上の取扱いにもはつきりでている。わが民法上、公害にたいする救済方法としては、まず、不法行為法上の損害賠償請求訴訟が、そして、つぎに、物權法上の妨害排除（・豫防）請求訴訟があげられるであろう。

第一に、不法行為法上の損害賠償請求訴訟については、從來の判例には、妨害者の側に、「民法第七百九條ニ所謂故意又ハ過失」があつたかどうか、ということに、焦點をあわせて解決しようとしたものと、妨害者の行為が權利濫用となるかどうかを標準として決しようとしたものとの二つの行き方がある。<sup>(2)</sup>

そして、そのいずれにおいても、大企業である妨害者の立場が中心として考えられており、その根底にあるものは過失主義である。<sup>(2)</sup>そこでは、個人としての被害者の權利、彼のこうむつた損害は、ほとんど副次的にしか考えられていないのである。そして、この種の妨害においては、過失の立證は、ほとんど不可能に近いほど困難であつて、被害者は、法律上の保護の<sup>(2)</sup>ら、外に放り出されて、被害を甘受するほかないであろう。<sup>(3)</sup>

第二に、妨害の排除や豫防を請求する訴訟についてはどうかであるか。

この種の妨害にたいしては、損害賠償請求權とともに、物權侵害にたいしては、妨害排除（豫防）請求權が、學說

上認められており、さらに、その請求権は、債権の侵害にまで擴張されている。しかし、その物權的請求権も、こと公害問題に關しては、ほとんど機能する餘地がないのではなからうか。というのは、公害の原因である工場等が、すでに、完成して、操業を行つてゐる場合には、妨害の排除を請求しうるどころか、かえつて、その請求をすること自体が、權利の濫用である、とされさえするであらうからである。それは、民法第二〇一條第一項但書および同第二三四條第二項の規定からも、また、過去におけるいくつかの判例からも推測されるであらう。<sup>(4)</sup>とすれば、公害による被害者は、妨害者の情誼に訴えるよりほかに、妨害からまぬがれる手段をもつことはできないであらう。

このように、主として、妨害者の立場を出發點として考える日本民法の立場からこの問題を取扱つた場合には、公害による被害者にたいする救済は、きわめて狭い範圍に限られてしまつてゐる、といわなければならない。そして、このような現行民法による取扱い方における救済の狭さとその不條理とを匡正するために、なんらかの方法が考えられなければならないことになつてくる。そして、その匡正方法としては、第一に、出發點を被害者の立場において考えること、第二に、なんらか別の救済方法を考えること、の二つがあげられるのである。

そして、そのような匡正方法を考える場合に、この問題にたいして、前述のような、わが國の法と法學とはことなつた立場<sup>II</sup>主として、被害者の權利をどう考えるか、という立場からアプローチする英米法の取扱い方が、大きくクローズ・アップされてくる。

(1) たとえば、「大阪アルカリ事件」がその例である。すなわち、アルカリ工場において、亞硫酸ガスを作り、これを凝縮して硫酸を製造し、銅を製鍊するさいに、亞硫酸や硫酸ガスが逸出して、附近の農作物や人畜に害をおよぼしたため、附近の住民三十數名が、大阪アルカリ株式會社を相手どつて、損害賠償請求訴訟を提起した事件である。(大正五・一二・二三、大判民錄・二

四七四頁)この事件は、大正五年、大審院によつて判決されたのであるが、その判決は、大阪控訴院における第二審判決を、破棄し、差戻したものである。すなわち、大阪控訴院が(大正四・七・二九日判決)、『亜硫酸瓦斯ヲ作り之ヲ凝縮シテ硫酸ヲ製造シ銅ヲ製煉スル等化學工業ニ従事スル會社ニアリテハ……亜硫酸並硫酸瓦斯カ現ニ其設備ヨリ遁逃スルコトヲ知ラサル答モナク之ヲ知ラサリシトセハ之レ其作業ヨリ生スル結果ニ對スル調査研究ヲ不當ニ怠リタルモノニシテ之ヲ知ラサルニ付キ過失アルモノト認ムルヲ相當トスル……硫煙ノ遁逃ヲ防止スルニ付キ今日技術者ノ爲シ得ル最善ノ方法ヲ盡セルカ故ニ控訴人「アルカリ會社」ニ責任ナシト論スレトモ控訴人ノ製造シタル硫酸カ被控訴人ノ農作物ヲ害シタル以上ハ……被控訴人ノ被害ハ控訴人ノ行爲ノ結果ナルカ故ニ控訴人ハ之ニ對シ責任ヲ有スルコトハ多辯ヲ要セス』と判示したのである。大審院は、原判決を破棄し、大阪控訴院へ差戻すにあつて、『然レトモ是ニ不法行爲ニ關スル民法第七百九條ヲ誤解シテ適用シタル不法アルモノトス蓋シ不法行爲ハ他人ノ權利ヲ侵害スル行爲ナリ權利侵害ノ行爲タルニハ其行爲ニ不法性アルコトヲ要件トスルハ學說及判例上異論ナキ所ナリ……思フニ人事ノ複雜ナル多數ノ權利カ併存スル社會ニ在リテハ各種ノ權利ノ行使力他ノ權利ニ對シ不利益ナル影響ヲ及ホス結果ヲ生スルコトアルハ日常目撃スル顯著ナル事實ニシテ社會生活上到底避クルコトヲ得サルモノトス故ニ各種ノ權利ハ他人ノ權利ノ行使ニ因リ當然被ルヘキ不利益ナル影響ノ範圍内ニ於テノミ存在スルモノト謂フヘシ故ニ一人ノ權利行使ノ爲メ他人ニ不利益ナル影響ヲ及ホシ外形上他人ノ權利ヲ侵害スルカ如キ觀アルモ此ノ如キハ其實質ニ於テハ權利侵害ニアラスト言ハサル可ラス……按スルニ化學工業ニ従事スル會社其他ノ者カ其目的タル事業ニ因リテ生スルコトアルヘキ損害ヲ豫防スルカ爲メ右事業ノ性質ニ從ヒ相當ナル設備ヲ施シタル以上ハ偶々他人ニ損害ヲ被ラシメタルモノヲ以テ不法行爲者トシテ其損害賠償ノ責ニ任セシムルコトヲ得サルモノトス何トナレハ斯ル場合ニ在リテハ右工業ニ従事スル者ニ民法第七百九條ニ所謂故意又ハ過失アリト言フコトヲ得サレハナリ』と判決した。この判決にたいして、末弘博士は、つぎのように批評されている。すなわち、『如何に方法を盡すも損害を豫防し得ざるが如き工業を開始經營すること夫れ自身が故意であつて、假令最善の防害方法を施すと雖も其故意たることを免るるものでない。故に問題は寧ろ當該行爲の違法性即ち其行爲が權利濫用となるや否やを標準として決せらるべきもので、防害の爲め相當の注意を加へたりや否やを以て決せらるべきでない。』と。(末弘・物權法・上卷三四八頁・「一九二一年」)同意見、我妻榮・「不法行爲」・現代法學全集・三七卷四二頁「一九三一年」。なお、同四二頁註六參照。

(2) いわゆる「信玄旗立松事件」はその一例である。すなわち、鐵道の停車場に接し、線路から一問足らずの地點にあり、しか

も線路の分岐點に接近していて、特に汽關車の煤煙をかぶるような位置に立つていた「信玄旗立松」が、その煤煙のために枯死してしまつたために提起された損害賠償請求事件である。この事件において、大審院は、過失の存在を理由としてなされた原判決を破棄して、つぎのように判決した。(大正八・三・三、大判民録三五六頁) すなわち、『本件松樹ハ鐵道沿線ニ散在スル樹木ヨリモ甚シク煤煙ノ害ヲ被ムルヘキ位置ニアリテ且ツ其害ヲ豫防スヘキ方法ナキニアラサルモノナレハ上告人〔國〕カ煤煙豫防ノ方法ヲ施サシテ煙害ノ生スルニ任セ該松樹ヲ枯死セシメタルハ其營業タル汽車運轉ノ結果ナリトハ云ヘ社會觀念上一般ニ認容スヘキモノト認メラルル範圍ヲ超越シタルモノト謂フヘク權利行使ニ關スル適當ナル方法ヲ行ヒタルニアラサルモノト解スルヲ相當トス』と。ところが、この判決も、權利濫用理論によりながら、『其害ヲ豫防スヘキ方法ナキニアラサルモ……豫防ノ方法ヲ施サシテ……』といつて、過失を擬制しようとしているようである。そして、このほかの類例の判例についても、こういった傾向がみられるのである。

(3) 學説もまた、現行民法の解釋のみでは、被害者を救済することは、ほとんど不可能である、としている(我妻榮・「民法」・Ⅱ六九八頁〔一九三四年〕)。そして、現狀において、いくらかでも救済を廣くするための一つの方法として、つぎのようなことが提案されている。すなわち、『裁判官は結局のところ、或いは原告たる被害者のため過失立證の要件を輕減し、事實上被告たる加害者が無過失を立證しなければ、損害賠償の責任を免れ得ないとする方向にもちこむか、もしくは工作物所有者の責任に關する第七一七條の活用により、被害者に對して必要な救済を與えるなど、適宜な手段を講ずるため努力しなければならぬであらう。』(末弘嚴太郎・戒能通孝・「民法講話」・上卷九二―九三頁〔一九五四年〕)。

(4) たとえば、被上告人(被告)たる鐵道會社が、鐵道を敷設するに當つて、上告人(原告)所有の土地(原野二畝二歩)上に、上告人に無斷で、鐵道線路敷築堤を建設したため、上告人が、土地所有權確認土砂取除地形原形回復請求訴訟を提起したときに、裁判所は、『鐵道線路ヲ現狀ノ儘ニテ上告人所有地ヨリ埋立土砂ヲ取除キ之ヲ現狀ニ回復スルコトハ技術上不可能ニ屬シ強テ之ヲ除去セントセハ同地方ニ於ケル重要交通路ニ長期ニ互リ著シキ不便ト危險ヲ招來シ一般公共ノ利益ヲ阻害スルコト甚シキノミナラス該工事モ亦技術上至難ニシテ尠カラサル日時ト費用トヲ要スルモノナルコトヲ看取スルニ難カラサルヘク斯クノ如キ特段ノ事情ノ存スル本件ノ場合ニ於テハ上告人ノ主張ニ係ル本件原狀回復ノ如キハ社會通念上不能ニ屬スト爲スヲ相當トス』といい、損害賠償を求めることは別として、『本件ノ如ク不能ナル原狀回復ヲ訴求スルハ失當ナリト謂ハサルヘカラス』と判決し



た。(昭和一一・一〇・二六、大判民集二〇五七頁)

右のほかに、電氣會社が、發電所用水路を、原告所有地の地底に、原告に無斷で、掘さくし、工事を竣成した事件において、大審院は、『凡ソ所有權ニ基ク返還請求權若クハ妨害排除請求權ハ返還若クハ排除ノ尙可能ナル場合ニ限り存在シ一旦其ノ事ノ不能ニ歸シタル以上』右のような請求權は存在しない、と判決した。(昭和一一・七・一〇、大判民集一四八頁)

### 三

わが國の法と法學のもとにおける公害の取扱ひ方にたいして、英米法のニューサンスによる取扱方法の特色は、どこにあるのか。もともと、後にくわしく述べられるように、ニューサンスは、その觀念がきわめて不明確な不法行爲類型であるために、『ニューサンスに嚴密な定義を與えることはできない』<sup>(1)</sup>といわれているが、最新の學者の定義をいちおうあげれば、ひろく、不動産權にたいする侵害の一種であつて、『原告の土地に關する權利の享有にたいしてなされた不法行爲』<sup>(2)</sup>である。

右のようなニューサンスの定義からする基本的な線は、ニューサンスにおいては、被害者中心に問題が考えられていることであらう。すなわち、英米法のゆき方は、根本的には、『汝の物を使用するに、他人の物を害せざるが如く、これを爲すべし』“*Sic utere tuo ut alienum non laedas.*”なる法諺を、ニューサンスにおける基本原理としているのであつて、公害問題にたいして、第一に被害者の權利をどう考えるか、という立場からアプローチしている。その接近の仕方は、わが國の民法の場合Ⅱ妨害者の權利をどう考えるか、という立場Ⅱと、きわめて對照的である。

それは、公害問題にたいする法律上の取扱い方における、異つた二つのタイプを示すというほどに對照的である。そして、ニューサンスの法理のもとにおいては、與えられる救済の内容ないし種類や責任條件などの點について、いくつかの特色がみられる。すなわち、

第一に、英米法の場合には、損害賠償のほかに、自力除去 (abatement) または差止命令 (禁止命令・injunction) による妨害の豫防と除去が同時に考えられる。これにたいして、わが國の場合には、妨害の豫防や除去は、ほとんど不可能であつた。しかも、英米法においては、妨害の繼續を防止するために、惡質の妨害者にたいして、懲罰的損害賠償 (exemplary damages) を支拂わせることができ、<sup>(3)</sup> それでも、妨害の豫防や除去が考えられているのにたいして、わが國の損害賠償制度は、損害の填補を本質としている。そして、

第二に、英米法におけるニューサンスは、嚴格責任 (strict liability) を原則とするといわれている。<sup>(3)</sup> これにたいして、わが國では、過失責任を原則としている。

- (1) Winfield, P. H., A Text-Book of the Law of Tort, 1st ed., 1937, p. 462.
- (2) Newark, F. H., The Boundaries of Nuisance, 65 L. Q. R. 482, (1949).
- (3) Pearce & Meston, Law of Nuisances, 1926, pp. 23-24; Salmond, Law of Torts, 9th ed., 1936, p. 231. など。

## 第二 イギリス法における公害問題の取扱い方の一つとしてのニュー

サンス——ニューサンスは、どのような不法行爲であるか

## 一 ニューサンスの觀念は、きわめて不明確

である——それはどこからでてきたか

一 『不法行爲法について、十二年間講義をした結果、わたくしは、ニューサンスという不法行爲は、教師にとつてもまた學生にとつても、不法行爲法の中で、もつとも不充分にしか理解されていない法部門である、という結論にみちびかれた。もちろん、ほかの法部門についても、いくつかのむづかしい問題があるのであるが、それらの問題について述べることは困難ではなく、また問題の解決にアプローチする方法を見いだすことも、かなり容易である。ところが、ニューサンスにおいては、ことごととなり、アール裁判長 (Erl. C.J.) が、ニューサンスは、どういふ不法行爲であるか、という問にたいする答は、「はつきりしないあいまいさの中に、深くはまりこんでいる」<sup>1</sup>「immersed in undefined uncertainty」といつたその言葉は、「ニューサンスを理解することの困難さを」もつともよく示しているものである。そして、この困難さの、主要な原因は、ニューサンスという不法行爲の範圍が不明確なことである。』オックスフォード大學の不法行爲法の教授ニューウォークが、「ロー・クォータリ・リヴュ」に發表した論文『ニューサンスの範圍<sup>(1)</sup>』の冒頭に、こう述べられている。

ニューウォークから引用された右の文章の中で、ニューサンスが、きわめて理解の困難な不法行爲であることの主要な原因として、ニューサンスの範圍の不明確さがあげられているが、それはすなわち、ニューサンスにふくまれる侵害は何であるか、があいまいであること、いいかえれば、ニューサンスによつて保護される利益が不明確であることが、ニューサンスの觀念を不明確にしている主な原因である、といつてもよいであろう。ところが、ニューサンスの

觀念の不明確さには、もう一つの有力な原因があると思われる。それは、右に述べた、ニューサンスによつて保護される利益の不明確さからむことなのであるが、イギリスの不法行爲法が、訴訟方式 (forms of action) を中心として發展してきたことの一つの結果として、<sup>(2)</sup> 後にくわしく述べられるように、ニューサンスとそれに隣接する諸種の不法行爲とがからまりあうに至つて、ニューサンスとそれらの不法行爲とが、どのような點で區別されるのが、必ずしも明確でないことである。それは、救済方法の混亂といつてもよいであらう。

(1) Newark, F. H., *The Boundaries of Nuisance*, 65 L. Q. R. 480, (1949).

(2) これらの訴訟方式が、現在存在しているわけではなからず、すなわち、十七世紀の終り頃から十九世紀までの間においては、イギリスの王座裁判所における訴訟 (litigation) の大部分は、トレスパス (trespass) から發展した種々の訴訟方式によつて行われていたのであるが、それらの訴訟方式は、一八七三年および一八七五年の裁判所法 (Judicature Acts, 1873, 1875.) によつてすべて廢止されて、統一的な召喚令狀 (writ of summons) によつてかわられた。右の改革は、純粹に手續上のものであつたことは事實であるが、しかし、古來からの訴訟方式によつてなされていた、中世的な傳統的な分類を排除することによつて、實體法の上に、なんらかの影響を與えたことは、想像するに難くないと思われる。しかしながら、右のように、訴訟方式は、形式的にはもはや存在しないのであるが、『われわれは訴訟方式をほうむつた。しかし、依然として、彼等は、墓場からわれわれを支配してゐる。』というメイトランドの有名なことばからも知られるように (Maitland, F. W., *The Forms of Action at Common Law*, 1948, p. 2.)、訴訟方式にもとづいてなされていた分類は、現在においても、根強く残つてゐるのである。

二 右に述べられたような、保護法益のあいまいさと、隣接する諸種の不法行爲との關係の不明確さによつて招かれた、ニューサンスの觀念の不明確さと複雑さとは、ニューサンスを、他の不法行爲と區別して説明しようとした、現代の學者の仕方の中に、かなりはつきりできていると思われる。すなわち、「ニューサンス」の項目のもとにとりい

れる不法な行爲について、現代において代表的と思われる、いくつかの不法行爲法の教科書の著者たちの見解は、一致しているとはいえないのである。たとえば、サーモンド<sup>(1)</sup> (Salmond) は、地役權<sup>(2)</sup> (servitudes) にたいする侵害は、ニューサンスではないとして、ニューサンスの章から除いていたが、彼の「不法行爲法論」<sup>(3)</sup> The Law of Torts の改訂者であるスタリブラス<sup>(4)</sup> (Stallybras) は、それを、ふたたび、ニューサンスの中にとり入れた<sup>(5)</sup>。また、無過失責任についての代表的な判例であるとされているライランズ事件<sup>(6)</sup> における責任は、ある場合には、ニューサンスにふくまれるものとして扱われ<sup>(7)</sup>、ほかでは、單に『ニューサンスとからまりあつてゐるにすぎない』とされ<sup>(8)</sup>、あるいは、それ自體特別の類型として扱われ、さらには、ネグリジェンスの中に置かれてゐる例さえあるのである<sup>(9)</sup>。このようなことから考えると、アメリカ法律協會 American Law Institute の不法行爲法のリストイメントにおいて、『非常な混亂と、意味の不確實さをともなつてゐる』として、ニューサンスという用語が、用心深く避けられてゐることが理解できるであらう。

(1) サーモンドは、地役權 (servitude) には、狭い意味の地役權 (easement) と土地收益權 (profit à prendre) がふくまれると云ふ。(Salmond, Law of Torts, 6th ed., 1924, § 73.) なお後出三八七頁註(2)参照。

(2) サーモンドは、つぎのようにいう。すなわち、『地役權、または他の土地に附屬する地役にたいする不法な侵害と、他人の土地へ有害なものを逸出させる行爲とを、一つの定義の中にふくませることはできない。これらの二つは、同類の權利侵害における二種ではなく、たまたま、同じ名稱で呼ばれてゐる、二つの別箇の侵害である。この二つのうち、後者だけを、ここ(ニューサンスの章)であつかい、それにたいしてだけニューサンスという用語を用ひ、そしてそれに限定する。』Salmond, The Law of Torts, 6th ed., p. 246.

- (3) Salmond, *Torts*, 9th ed., p. 230.
- (4) Rylands v. Fletcher, (1866) L. R. 1 Ex. 265; (1868) L. R. 3 H. L. 330. なお、この事件は、それとニューサンスとの関係については、第二の四参照。
- (5) Radcliffe & Miles, *Cases Illustrating the Principles of the Law of Torts*, 1904, p. 414.  
 なお、Garrett, *The Law of Nuisances*, 3rd ed., (1908) pp. 138 et seq. 及び Perce & Weston, *Nuisances*, 1926, pp. 19-20. 及び ニューサンスの二つの變形について扱っている。
- (6) Winfield, *A Text-Book of the Law of Tort*, 1st ed., p. 521.
- (7) Salmond, *Torts*, 9th ed. (この版は、スタリブラス (Stallybrass) による改訂版であるが、サーモンド自身の版の中におさげ、ニューサンスの章の中に置かれている) ; Pollock, *The Law of Torts*.
- (8) Clerk & Lindell on the *Law of Torts*, 8th ed., (1929), Chap. xv. (第九版 [一九三六年] では、獨立の一章をもち、つ取扱っている [第十七章]) ; Charlesworth, *The Law of Negligence*, 2nd ed., (1947), Chap. 9.
- (9) 不法行為法のリストイットメントの第四〇章は、ニューサンスの説明にあてられているが、『本章は、私的ニューサンスにたいする損害賠償請求訴訟における責任についての諸原則を説明するのであるが、意味の混亂と不確實さをとまなう語の使用は、さけることが望ましい。』と述べられて、章のタイトルは、『土地の私的使用にかんする権利の妨害 (私的ニューサンス)』、*Invasions of Interests in the Private Use of Land (Private Nuisance)* となっている。 (American Law Institute, *Restatement of the Law of Torts*, Vol. IV, pp. 214-15.)

三 右のような不明確さと複雑さをもっているイギリスのニューサンスの觀念を、多少とも、はつきり把握することとは、もとより、本研究の考察が終つてからはじめてできることであることはいうまでもない。しかし、とにかく、ニューサンスにたいする考察を進めてゆく上の便宜という考慮からすれば、ここで、いちおう、ニューサンスは、どのような不法行為であるか、ということの説明しておくことはさけられないと思う。

さて、前述のように、イギリスのニューサンスの觀念が、きわめて複雑であり、不明確であるために、ニューサンスに嚴密な定義を與えることはできない、といわれているのである。そこで、ここでは、いままでに、ニューサンスにたいして與えられた定義の中から、代表的と思われるものの一、二を紹介しておくことにしよう。

まず、ニューサンスを定義づけようとした初期のころの代表的なものとして、近代イギリス法の出發點をかくしたブラックストーンの與えた定義をあげてみよう。すなわち、ブラックストーンは、

『「私的」ニューサンスは、他人の土地、保有財産もしくは相續不動産にたいして、害惡または迷惑を與えるあらゆる事柄である、〔と定義されるべし。〕』“(private) nuisances, ( . . . ) may be defined,) anything done to the hurt or annoyance of the lands, tenements, or hereditaments of another”  
(1)

つぎに、現代における、ニューサンスの定義づけのころの代表的なものとして、ウィンフィールドの與えた定義をあげてみよう。ウィンフィールドは、『ニューサンスに、嚴密な定義を與えることはできない』と前置をしなから、つぎのようにいう。<sup>(2)</sup>

『「ニューサンスは、. . .」土地、または土地のうえの、もしくは土地に關連するある權利についてなされる、ある人の使用または享有にたいする不法な干渉である、〔といつてよいであらう。〕』“(Nuisance . . . may be described as) unlawful interference with a person's use or enjoyment of land, or of some right over, or in connection with it.”

(1) Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Bk. III, p. 216. フラックスストーンが「ニューサンスによつて保護される利益としてあげているものは、要するに、土地である。すなわち、保有財産 (tenement) は、土地、および、土地に關して保有できる一切の權利、たとえば入會權 (commons) であり、相續不動産 (hereditament) は、無遺言死亡の場合に、法定相續人に相續されるべき財産、とくに不動産をいうのである。

(2) Winfield, *A Text-Book of the Law of Tort*, 1st ed., p. 462.

四 右にあげたようなニューサンスの定義からは、ニューサンスは、『原告の土地に關する權利の享有にたいしてなされた不法行為である』<sup>(1)</sup> というような、單純な、抽象的なことしかでてこないのである。

ところが、ニューサンスにふくまれる侵害の内容は、複雑で廣汎なものである。すなわち、ニューサンスには、騒音・煤煙・震動・惡臭・蒸氣などによつて、間接的に、人の土地にたいして侵害を加えること、すなわち、人の財産權にたいして、實質的な損害を與え、または、肉體的不快を與えること、通行權・流水權・支持權・採光權・空氣利用權・漁業權・採礦權などの地役權<sup>(2)</sup> (servitudes) を侵害すること、公道上またはそれに沿つて存在する妨害物などによつて、人の身體または財産權 (たとえば乗馬) に侵害を加えること、などがふくまれているのである。

右のような、ニューサンスにふくまれる侵害の内容から、われわれは、ニューサンスによつて保護される利益を、ほぼ三つの類型に分けることができることを知るであらう。すなわち、第一には、土地を使用し享有する權利、第二には、他人の土地を利用し収益する權利、第三には、身體にたいする權利またはある種の財産權 (動産權) の三つの類型である。



ところが、右の三つの類型のうち、第三の類型にぞくするものは、あきらかに、前にあげたニューサンスの定義からはみだしていて、その定義に合わないのである。<sup>(3)</sup>そして、このような矛盾が存在するほどに、ニューサンスにふくまれる侵害は複雑で廣汎なものになつていたのであつて、そのことが、前述のように、ニューサンスとそれに隣接する諸種の不法行為とのからまりあいとあいまつて、ニューサンスの觀念の不明確さを招いていると思われるのである。しかも、右のような侵害の内容が複雑で廣汎であることから、ニューサンスにたいする責任條件の分化の傾向が生じて、そこに混亂をもたらすようになったことは、注目すべきことであると思われる。たとえば、後にくわしく述べられるように、財産權にたいして實質的な損害を與える場合、他人に肉體的苦痛を與えて居住を困難にする場合、あるいは公的ニューサンスによつてある個人に個別的損害 (particular damage) を與える場合とでは、責任條件がいくらかことなつてゐるのである。そして、おそらく、そのような事態を招いた原因は、不法行為を法的に規整するための法的技術の一つとして、中世に出發したニューサンスの法理が、長い歴史の間に、社會の生活の實態の變化にもなつて推移して、次第に複雑化したことに求められるように思われる。

(1) Newark, *Boundaries of Nuisance*, 65 L.Q.R. 482. (1949).

(2) これらのうち、漁業權、探礦權などは、われわれのいふゆる地役權の概念の中にははまらないものであつて、イギリス法においても、「探取權」あるいは「土地收益權」*'profit à prendre'*として、狭い意味における地役權と區別されている。しかし、廣い意味では、他人の土地を、占有することなくして、使用しまたは收益する權利として、地役權 (*servitude*) にぞくするものと考えられている。たとえば、サーモンドがそうである。(前出三八三頁註(1)参照)

(3) たしかに、ニューサンスにふくまれる侵害の内容は、複雑な廣汎なものであつて、「ニューサンスは、きわめて多くのふそろゐな罪 (*sins*) をふくんでゐる」といわれ (Pearce & Meston, *Nuisances*, (1926). p. 1.)、あるうは「多様な、たがいに相合

わなないものの寄せ集めである」ともいわれるのである (Ibid., Preface)。そこで「右のような侵害をなんとか整理して、ニューサンスの觀念をくくらかでもはつきりさせようとする試みがある。たとえば、『ボロックは、『開市特權 (franchise of a market) などのような特權にたいする侵害がニューサンスとされているのは、手續上の偶然によるものであつて、それとニューサンスとが、實質的に、似ているからではない。特權にたいする侵害がニューサンスであるならば、著作権の侵害もニューサンスでなければならぬ』として、特權の侵害を、ニューサンスから除くべきである」と主張してゐる。(Pollock, Law of Torts, 15th ed., (1951.) p. 316.) また、サーモンドが、公的ニューサンスおよび地役權にたいする侵害と、「私的」ニューサンスとは「同類に屬する異種のものではなく、それぞれ別個のものである」として、前二者をニューサンスから除外し (Salmond, Law of Torts, 6th ed., (1924), pp. 245-46.)、さらに「ニューウォークが、ニューサンスという用語は、土地に關する權利の享有を妨げるような行爲にたいしてだけ、用いられるのが正しい」として、身體や動産にたいする侵害 (のうち通常ニューサンスとされてゐるもの) は、ニューサンスの範圍から除かれなければならない」と強く主張してゐるのも、すべて、その例である。(Newark, The Boundaries of Nuisance, 65 L. Q. R. 489-90, 1949.)

五 たしかに、ニューサンスは、はじめは、封建的土地保有制度を中心とした法制の中にあつて、すぐれて不動産權<sup>1)</sup>自由土地保有權 (freehold) の保護を目的として、それにたいする侵害を取扱うための法的技術の一つであつた。しかも、當時の社會は、單純な農村的なものであつて、ニューサンスにふくまれる侵害も、後に述べられるブラックストーンの説明からも知られるように、豚小屋や皮鞆による惡臭や溢水などのような、きわめて單純なものであつた。<sup>(1)</sup>したがつて、ニューサンスの歴史がはじめた時からしばらくの間は、法益についてみても、また侵害の内容からいつても、ニューサンスは、法的技術としては、それほど複雑なものではなかつたといつてよいと思われる。

ところが、ここできつていつていうまでもないことであるが、特に産業革命から現代へ至る間の社會は、まことに、

長足の進歩をとげたものであつた。すなわち、交通機關の發達、生産手段の進歩、あるいは近代的都市生活の發展によつて、社會の生活の實態は、産業革命より前のそれとはくらべものにならない程に變化したのである。そこでは、ニューサンスにふくまれる侵害は、もはや、ブラックストーンの時代の、農村的な小規模なものではなくなつて、近代的な大工場や作業場から逸出する、騒音・煤煙・震動・惡臭・蒸氣などによつて、都市に居住する多數の市民の安樂な生活を妨害する、社會性をおびた大規模な妨害Ⅱ公害Ⅱになつた。そこで、ニューサンスの法理もまた、個人と個人との間に發生する妨害を處理する法理から、近代的な大企業と多數の個人とⅡ公衆Ⅱの間に生ずるいわゆる公害を取扱う法理へと推移するに至つたのである。

(1) ブラックストーンの『イギリス法釋義』の中にみられる侵害は、たとえば、『他人の家のきわめて近くで豚あるいはその他の惡臭を發する動物を飼つてゐるために、その惡臭によつて、その人に迷惑をかけたり、空氣を汚染し』たり、『溝を掘らなければならぬのに、それを掘らないで、人の土地に水をあふれ』させたり、あるいは、『上流に、營業のために、染物小屋や石灰缸をつくつて、水路を汚毒する』というような、單純な小規模のものである。(Blackstone, Commentaries, III, pp. 217-18.)

六 以下、本項においては、ニューサンスによつて保護される利益の流動性からくるいろいろのことがらを、あらまし考察し整理しておこうとする。

まず、定義とも關連するのであるが、「ニューサンス」という語の意味が説明される(二)。つぎに、犯罪Ⅱ輕罪の一種としての公的ニューサンスと、不法行爲の一類型である私的ニューサンスとの區別が考察される(三)。そして、さらに、ニューサンスによつて保護される利益の流動性が、不法行爲法におけるニューサンスの位置づけとその類型

の立て方のうえにどうあらわれているかということが考察される。そこでは、ニューサンスが、それに隣接する不法行為である、トレスパス、ネグリジエンスおよびライランズ事件における責任と區別されるのは、どんな點であるのか、ということが究明され(四)、また、どのような侵害がニューサンスの内容をなしているのか、ということが、ブラックストーンを出發點として、歴史的に、きわめて大まかにあつづけられる(五)。そして、さいごに、ニューサンスにたいする救済方法が述べられる(六)。いわゆる公害問題を取扱うに當つては、妨害の除去または豫防に重點がおかれなければならないことは、いうまでもない。ところが、前に述べたように、わが國の法と法學は、そのためにはきわめて不合理な救済方法しか準備していない。これに反して、イギリス法は、まさに妨害の除去や豫防に重點をおいた救済方法をもつていてよいであろう。そこで、右のような、わが國の場合とは對照的な、ニューサンスにたいする救済方法の特色が、イギリスにおいてどうしてできたのか、また、そのような特色をもつた救済方法が、どのように發展してきたのか、ということが、歴史的に、ごく簡単に説明される。

## 二 「ニューサンス」という語について

ふつう、判例や法律書の中で「ニューサンス」(‘Nuisance’) という語が使われている場合には、二つの意味があるようである。第一には、不法行為法上の不法行為の一類型を意味する場合であつて、「ニューサンスとは、……にたいしてなされる不法行為である」<sup>(1)</sup> “nuisance is the wrong done to ……”などは、その例である。そして、第二に、

「ニューサンス」は、右のような意味におけるニューサンスを構成する不法な行爲——正確に言えば、事實の状態 (state of things) ——を意味する。「……は、訴えうべきニューサンスである」<sup>(2)</sup> “... is an actionable nuisance” などとらっている場合がそれである。

なお、特殊な用法として、「事實上のニューサンス」“nuisance in fact” および「法律上のニューサンス」“nuisance in law” という用語が、グッドハート (A. L. Goodhart) によつてある判例批評の中で用いられている。<sup>(3)</sup> そして、そこでは、『すべての妨害または侵害は「事實上のニューサンス」であるが、もしそれらが、平均的標準に照らして、合理的であり、必然的であるならば、「法律上のニューサンス」ではない』と説明されている。したがつて、グッドハートのいう「法律上のニューサンス」だけが、一般にいわれるニューサンスである、ということになる。しかし、この用法は、一般には、あまりうけいれられてはいないようである。<sup>(4)</sup>

さて、「Nuisance」という語は、語原的には、*injury, harm, annoyance* (侵害・有害・迷惑) を意味するラテン語の “*nocumentum*”, “*nocentia*” 古フランス語の “*nuisance*” [動詞 *nuire*] から出つて、<sup>(5)</sup> 一般に「ひろく「侵害」「危害」の意味をもつていた。そして、*チヨースー* (Geoffrey Chaucer, 1343 or 44-1400.) が “*nuisance*” と<sup>(6)</sup> いう語を用いたときには、明かにこの一般的な意味においてであつた。<sup>(7)</sup> しかし、法律家が、たといそれがチヨースーの時代の法律家であつたとしても、“*nocumentum*”, “*nuisance*” という語を使つてゐる場合には、トレスパス (*trespass*) や名譽毀損 (*defamation*) とは別箇の、獨特の定義づけのできる、特殊な種類の侵害＝不法行為を意味してゐたのである。<sup>(8)</sup>

したがつて、前に述べたように、ニューサンスの定義づけが、不可能に近いほど困難であり、常に動搖し、ニューサンスの中に何をふくませるか、ということについて、學者の間に意見の不一致があることは、『ニューサンスという語が、はじめ、ひろく一般的に「侵害」を意味し、その中になんでもふくむことができたことによるものである』<sup>(9)</sup> というようなことがいわれるのは、正しいことではないであらう。すなわち、ニューサンスの觀念が不明確なのは、前に述べられたように、ニューサンスの中にふくまれる侵害が、社會の發展にともなつて變化し、その保護法益が歴史的に流動してきたことによるものである。つまり、その責は、ニューサンスという語が負うべきものではなくて、ニューサンスという不法行為類型の中に、雑多な妨害行為が吸収されて、本來のニューサンス——土地に關する權利の侵害——とほとんど共通點をもたないようなものまでがとりこまれたことに歸せられるべきことである、といえるであらう。

ふつう、ニューサンスは、「公的ニューサンス」“common” or “public nuisance” と「私的ニューサンス」“private nuisance” に分類されて、前者は犯罪（輕罪 *misdemeanour*）、<sup>(10)</sup> 後者は不法行為（*tort*）とされている。後に述べるように、英米法における傳統的な立場は、兩者は同種の妨害行為の二面であるとしているが、<sup>(11)</sup> 他方、兩者はまったく別箇の類型の侵害であつて、たまたま同一の名稱を冠されているにすぎない、<sup>(12)</sup> という考え方もある。

このほかに、賃借人と賃貸人との間の捺印契約（*covenant*）において「ニューサンス」という語が用いられるが、その場合には、捺印契約が、常に、受約者Ⅱの場合賃借人Ⅱにたいして、法によつて一般的に與えられるより以上の幅の廣い保護を與えることを目的としている、<sup>(13)</sup> ということを考慮して、不法行為法上にいわゆるニューサンスには

ふくまれないような小さい妨害をもふくむと解されている。<sup>(13)</sup>

なお、わが國には、イギリスやアメリカにおけるニューサンスに該當する社會的觀念がないために、「Nuisance」の適譯は見當らない。そこで、わが國においては、「ニューサンス」とカナであらわされる場合が多いようである。<sup>(14)</sup>高柳・末延編「英米法辭典」では、「不法妨害」と譯されており、ほかに、「安居妨害」<sup>(15)</sup>、「生活妨害」<sup>(16)</sup>とされている場合もある。古くは、「不潔犯」<sup>(17)</sup>「障害（ヌーサンス）」<sup>(18)</sup>とされていた例がある。右はいずれも、それぞれニューサンスの内容の特色をとらえた譯語と思われるが、右の事情から、原語をそのまま使うのがより適當と考えて、本研究においては、『ニューサンス』を用いることにする。

(1) Pollock, The Law of Torts, 12th ed, p. 406.

(2) Pollock, Ibid, p. 411.

(3) 52 L. Q. R. 460-61, (1936), "Hollywood Silver Fox Farm Ltd. v. Emmett" 事件 ((1936) 2 K. B. 468.) の判決に対する批評である。

(4) ホールズワース教授は、グッドハート教授の、前註に引用した判例批評を論評しながら、つぎのようにいつている。『しかしながら、この「グッドハート教授の」理論は、概念法學 (abstract jurisprudence) の立場からみれば、魅力あるものであるかも知れないが、わたくしには、それが、イギリス法の説明として、支持されうるものか、どうかうたがわしい。……グッドハート教授のいわれる「事實上のニューサンス」は、巧妙な偽裝によつてかくされたわれわれの舊友「權利侵害なき損害」(damnum sine injuria) にほかならぬ』(Holdsworth, W.S., The Silver Fox Farm Case Again, 53 L. Q. R. 2, [1937]). 又た、ライト卿は、「不法行為法序説」という論文の中で、「合法的な行為」と「不法な行為」(Lawful and Unlawful Acts) について述べたときに、右の Silver Fox Farm 事件についての「ホールズワースとグッドハートの論争をひきあいにしながら、つぎのようにいつている。『すでに、重苦しい緊張をはらんでいた雰囲気は、「事實上のニューサンス」および「法律上のニ

「ニューサンス」という不可思議な言葉 (magic words) が、まぎらわしく用いられることによつて、まづたくやりにくいものになつた。』(Wright, C. A., Introduction to the Law of Torts, 8 Camb. L. J., 246, [1944]).

(5) Pollock & Maitland, History of English Law, 2nd ed., p. 534.

(6) 古く判例集の中をたずねて、たゞ「nuisance」ではなく「nussance」といふ形が、ほとんどの場合に用いられる。

(7) “Helpe me for to weye ageyne the feende... Keepe us from his nussance.” Chaucer, Mother of God, l. 21.

(8) Glanville, Tractatus, XIII; Bracton, Legibus, IV, c. 43.

(9) たゞ「Salmund, Law of Torts, 6th ed., p. 246.

(10) 本研究においては、不法行為の一類型としての私的ニューサンスを中心として考察がなされる。したがつて、本研究において、たんに「ニューサンス」という場合には、私的ニューサンスを意味することになる。そして、犯罪の一種としての公的ニューサンスについては、それが私的ニューサンスと関連する場合にだけふれることにならざるをえぬ。

(11) たゞ「Pollock, op. cit., 15th ed., p. 302.

(12) たゞ「Salmund, op. cit., p. 246.

(13) Pollock, op. cit., 15th ed., p. 308; Halsbury, The Laws of England, vol. 21, p. 507, (§846), (1912).

(14) 池田寅二郎・「ニューサンス」に就て・前掲・平井(末延)三次・「判例に現はれたる營業とニューサンス」・前掲・戒能通孝・「權利濫用とニューサンス」・前掲・大濱信泉・「同盟罷業とニューサンス」・前掲・内田力藏・「トレイル・スメルター事件」・前掲・同・「水と空氣の汚染による公的妨害についての合衆國の二、三の州際事件」・前掲。

(15) 戒能通孝・「權利濫用とニューサンス」(前掲)五頁。

(16) 田中和夫・「英米私法概論」(改訂増補)・四二二頁。

(17) 山田喜之助・「英國私犯法」・六八頁(明治一六年〔一八八三〕)。

(18) 奥田義人・「英米私犯法論綱」・三二三頁(明治二〇年〔一八八七〕)。



### 三 「公的ニューサンス」と「私的ニューサンス」

一 前に述べられたように、ニューサンスの觀念は、それによつて保護される利益が、歴史的に流動していることによつて、きわめて不明確なものにされている。そこで、本研究においては、右のような保護法益の流動性というところに重點がおかれて、ニューサンスが考察されようとしているのである。ところが、右の保護法益の流動性からむが、ニューサンスの觀念の不明確さには、もう一つの有力な原因がある。それは、犯罪（＝輕罪・misdemeanour）の一種としての公的ニューサンスと、不法行為の一類型としての私的ニューサンスとが、どんな點で區別されるのか、ということが、かならずしも明確でないことである。すなわち、公的ニューサンスは、犯罪の一種であり、私的ニューサンスは、不法行為の一類型であつて、この二つは、いちおう別箇のものである、と考えられているのである。また、たしかに、前者における被害者が、國王＝臣民全體であるのたいして、後者におけるそれは、個人である、ということからみれば、公的ニューサンスと私的ニューサンスとは、それぞれ別箇のものである、といえるであらう。ところが、右の兩者にふくまれる侵害の内容は、後に述べられるように、ほとんどことなるところがないのであつて、またそのゆえにこそ、同じくニューサンスという言葉がつけられているのである。しかも、公的ニューサンスによつて、一般の人々がこうむつた損害より以上の損害<sup>(1)</sup>（特別損害（‘particular’ or ‘special damage’）をこうむつた者が、ニューサンスの訴訟によつて救済される場合がある。したがつて、そこでは、公的ニューサンスと私的

ニューサンスとは、不可避免的にからまりあうのである。

このようにして、ニューサンスはどういう不法行為であるか、ということを考えるためには、いちおう、公的ニューサンスとはなにか、そして公的ニューサンスと私的ニューサンスとは、どのような點で區別されるのか、ということとを考察することがきけられないであらう。

(1) 判例の中では、この意味の言葉として、'particular damage' と 'special damage' とが、區別されないで用いられているが、この場合(個別的損害)には、'particular damage' のほうが適當であると思われる。ところの 'special damage' は、名譽毀損 (defamation) において、「實害・現實の損害」の意味に用ゐられてゐるからである。

二 公的ニューサンスは、ウィンフィールドによれば、<sup>(1)</sup>『公衆に影響をおよぼすニューサンスであつて、それは、王の臣民一般にたいする迷惑』 "A public or common nuisance is one which affects the public and is an annoyance to the King's subjects generally" であつて、具體的には、公の河川、橋、あるいは公道を妨害し、もしくは、修理をおこたり、または、騒音、震動、煤煙などによつて、一般公衆が享有する、利便・健康などに關する權利を侵害する行為をいうのである。そして、公的ニューサンスは、輕罪 (misdemeanour) として、<sup>(2)</sup>訴追され、また、必要な場合には、法務長官 (Attorney-General) によつて、ニューサンスの繼續を禁止する差止命令 (injunction) が求められる。

右に述べられたような公的ニューサンスは、私的ニューサンスにおける被害者が個人であるのにたいして、公的ニューサンスにおいては、一般公衆が被害者である、という點は別として、私的ニューサンスと、きわめて類似す

る。しかも、一つの行爲が、同時に、公的ニューサンスにもなり、また、私的ニューサンスにもなる、という場合は、容易におこりうることなのである。そこで、たしかに、イギリス法における傳統的な見解は、公的ニューサンスと私的ニューサンスとは、實のところ、同じ不法な行爲の二面である、としているようである。<sup>(3)</sup>しかし、右の見解にたいしては、公的ニューサンスは犯罪であり、私的ニューサンスは不法行爲であつて、この二つは、實際には、同類にぞくする二種のものではない、という、サーモンドなどによる、有力な反對の意見がある。<sup>(4)</sup>

右のように、公的ニューサンスと私的ニューサンスとは、きわめて類似してゐて、兩者の關係については、傳統的な見解と、それに反對する、有力な意見との對立がある。それでは、右のことは、どこからでてきたのであらうか。それをとく鍵は、歴史の中に見いだされるのではなからうか。

(1) Winfield, A Text-Book of the Law of Tort, 1937, p. 465.

(2) 公的ニューサンスは、ふつうには、法務長官 (Attorney-General) にまつて訴追されるのであるが、公衆の保健に影響するようなニューサンスについては、一八七五年公衆保健法 (Public Health Act, 1875, 38 & 39 Vict. c. 55) 一八九一年公衆保健 (ロンドン) 法 (Public Health (London) Act, 1891, 54 & 55 Vict. c. 76) などの規定によつて、地方自治體、都市「農村」地區會 (urban [rural] district council) などによつて略式起訴 (information) が認められる。

(3) Pollock, Law of Torts, 15th ed., p. 302.

(4) Salmond, Law of Torts, 6th ed., p. 245; Newark, Boundaries of Nuisance, 65 L. Q. R. 480, (1949). 後に述べられるように、サーモンドは、『公的ニューサンスは、……特殊の場合に、同時に、ある型の不法行爲 (some form of tort) にもなる。このようにして、公道妨害は、公的ニューサンスなのであるが、もし、それが、個人にたいして、特別な個別的な損害を生じたときには、それは、訴訟におまつて訴えうる、一種の不法行爲 (a tort) である。』と述べてゐる。ニューオーークの主張によつては、本稿第二の四の中の、「ニューサンスとネグリジェンスとの關係」の項を参照されたい。

三 前に述べたように、「私的」ニューサンスの中には、従来から、地役權にたいする侵害がふくまれていたのであつて、「私的な」通行權 (right of way) の侵害は、その主たるものであつた。ところが、公道における、公衆の通行權を妨害する行爲は、犯罪の一種である・公有地侵害<sup>(1)</sup> ('purpresture') の場合である、とされていた。そこで、右の二つ「私的」ニューサンスである、「私的な」通行權の侵害と、「公的な」通行權の侵害<sup>(2)</sup>とが、きわめて類似しているところから、ひとびとが、後者にたいしても、同じように、「ニューサンス」という語を用いるようになるつて、そこから、「公的ニューサンス」 'public nuisance' が生れた、といわれている。そして、その後、このひろい意味をもつ用語は、公道妨害、富くじ、許可をうけない上演、不道德な營業、近所迷惑になるほどに、ガミガミになること、その他の、雑多な行爲をふくむようになったのである。

ところで、公的ニューサンスの發展が、そこでとまつていたならば、大きな問題はおこらなかつたであらう。すなわち、私的ニューサンスは、土地に關する權利を侵害する不法行爲 (tort) であり、公的ニューサンスは、公衆の權利を侵害する犯罪 (crime) であつて、この二つは、別箇のものとして、つづいていたかも知れない。ところが、公道の閉塞は、私道の閉塞と同じほどこに、個人にたいする權利侵害となるのではないか、と考えたひとびとは、なぜ公道の閉塞にたいして個人に訴權が與えられないのか、を理解することができなかつた。そして、いくどか訴が提起されたのであるが、そのつど、『公的ニューサンスは、犯罪であつて、一般のひとびとは、それについて救済をうけることはできない。國王だけが、それを處罰する』すなわち、國王だけが救済されることができ』ということを理由

として、却下されてしまつた。<sup>(3)</sup>

ところが、一五三五年になると、後に問題を發生させる端緒となつた事件がおこつた。<sup>(4)</sup> すなわち、公道が閉塞されたため自己の路地にはいることがでなくなつた原告によつて提起された訴において、ポールドウィン裁判長 (Baldwin, C.J.) は、先例にしたがつて、原告の訴權を否認した。ところが、同裁判長は、前に述べたような、從來からの理由をくりかえすかわりに、『一人の訴權を認めることは、百人の訴權を認めることになつてしまふ』ということを理由としたのである。<sup>(5)</sup> しかし、これは、まづたく理由にはならないのであつて、もし、百の不法な行爲が行われたならば、百の私法上の訴が提起されうることは、いうまでもない。そして、おそらく、このことに氣がついていた、右の事件におけるフィッツハーバート判事 (Fitzherbert) は、つぎのように述べている。<sup>(4)</sup>

『わたくしは、王の公道においておこなわれた、おののニューサンスが、所領裁判所 (領主刑事裁判所・Joh) において、處罰されるものであつて、訴 (action) によるものではない、ということには、まづたく同意する。しかし、ある人が、他の人々がこうむつたより以上に大きな侵害または不便をこうむるときは、このかぎりではないのであつて、他の人々より大きい不快または侵害等をこうむつたものは、その特別の侵害のゆえに、損害賠償を回復する訴權をもつことができるのである。たとえば、ある人が、公道を横切る溝を掘り、わたくしが、夜間、馬に乗つて通りかかり、わたくしとわたくしの馬が、ともにその溝に落ちて、大きな損害と不便をこうむつた、とする。[この場合には、] わたくしは、他人より以上の損害をこうむつたのであるから、公道を横切つて溝を掘つた者にたいして、訴權をもつであらう。』

右に述べられた、一五三五年の事件における、フィッツハーバート判事の傍論 (dictum) に端を發して、その後、公的ニューサンスにおいて、他の人々に共通しない、**個別的損害** (particular damage) をこうむつた者が、その損害を回復する訴權を認められるようになったのである。<sup>(6)</sup>

- (1) 公有地侵害 (purpresture) は、公衆の享有にぞくし、公衆の享有のために開放されている財産の一部を、個人が圍いこむこと (enclosure) である。公的ニューサンスにおいては、公衆にたいする不便または侵害がなければならぬのであるが、公有地侵害の場合には、それらの存在を必要としなす。(Black's Law Dictionary.)
- (2) Newark, Boundaries of Nuisance, 65 L.Q. R. 482-483. この歴史の部分については、この論文によるところが多かつた。
- (3) Y. B. 2 Edw. 4, Pasch. pl. 21; Y. B. 5 Edw. 4, Pasch. pl. 24; Y. B. 33 Hen. 6, Trin. pl. 10.
- (4) Y. B. 27 Hen. 8, Mich. pl. 10.
- (5) このことは、訴訟の氾濫によつてもたらされる重大な結果をおそれてのことであつたと考えられるのであつて、それは、現在においても、だいたい同じような考慮が拂われているようである。しかし、だからといつて、個人の權利を無視することも許されない。そこで、公的ニューサンスによつて、他のひとびとに共通しない損害をこうむつた原告が、その損害を回復するためには、訴訟におつて「個別的損害」(particular damage) を立證しなければならぬ、という原則をつくつて、これを基準とすることによつて、個人の權利の保護と濫訴の防止との間に、バランスをたもたせよう、としたのではなからうか。
- (6) Anon. (1584) Moore 180; Blyth v. Topham (1607) Cro. Jac. 158; Everard v. Hopkins (1614) 2 Bulst. 332; Hart v. Basset (1681) T. Jones 156. 右は、さうも、公道妨害によつて、個人がこうむつた損害が回復された事件であつた。ところが、一五三五年の事件におけるフィッツハーバート判事の傍論からは、もう一つの事件の流れが生じた。それは、公道に沿つて存在する、格子蓋から落ちたり、地下室の戸につまづいたり、垣根のない所にすべり落ちたりして、身體上の權利侵害をこうむつた者が、同じように、その損害を回復することが認められた事件であつた。そして、それらの事件が、ニューサンスの觀念を混亂させるに至つたのである。この點については、後に、ニューサンスとネグリジェンスとの關係がみられるさいに、述べられる。(本稿第二の四参照)

四 右に述べられたように、第一には、かつては、公有地侵害 (purpresture) の一種とされていた、公衆の通行權にたいする侵害が、私的ニューサンスにおける通行權にたいする侵害に、きわめて類似していたために、公有地侵害から獨立して、「公的ニューサンス」の名をかぶせられるようになった、という公的ニューサンス誕生のいきさつ、そして、第二には、右のように、公的ニューサンスが、獨立して、しかも、獨自の發展をとげながら、一五三五年の事件における、フィッツハーバート判事の傍論を契機として、「個別的損害」というきずなによつて、私的ニューサンスと結びつけられるに至つた、という二つの理由から、公的ニューサンスと私的ニューサンスとは、不可避免的に、からまりあうようになつた、といつてよいと思われる。

そこで、この二つは、どのような點で區別されるのか、それを區別する基準は何か、という問題がでてくる。ところが、公的ニューサンスと私的ニューサンスとを區別するための、客觀的な基準は存在しない、といつてもよいであろう。すなわち、個々の事實について、常識的な一應の基準にもとづいて區別されるのであつて、それは、被害者が公衆であるか、または個人であるかという、いわば被害の規模によつて決定される、程度の問題である。そして、そのことは、つぎのような判旨の中にもはつきりうかがえるのではなからうか。

たとえば、ぶりき職人である被告が、その仕事場から逸出する騒音によつて、近くの Society of Clifford's Inn にいたひとびとを悩ましたことについて訴追された、國王對ロイド事件 (R. v. Lloyd)<sup>(1)</sup>におさづ、エレンバラ卿 (Lord Ellenborough) は、つぎのように述べた。

『このような事件は、起訴されることはできない。もし問題となるならば、私的ニューサンスである。すなわち、被害をこうむつたのは、クリッフォーズ・インにいた三人だけであつて、その被害は、そこにいた他のひとびとにさえ、およんでいない。しかも、窓を閉めれば、相當程度防ぐことができたはずである。したがつて、起訴されるには足りない。』

そして、右と同じようなことが、ソルトー對デ・ヘルド事件<sup>(2)</sup> (Soltau v. de Held) において、副大法官キンダスリ卿 (Kindersley, V.-C.) によつて、かなりはつきりした形で述べられている。すなわち、キンダスリ卿は、つぎのようにつづる。

『公的ニューサンスが成立させられるためには、その妨害が、その性質もしくは結果において、その妨害の影響がおよぶ範囲内にはいつてくる、すべての人にたいしてニューサンスであること、すなわち、そのひとびとの権利を侵害し、または損害を與えるようなものでなければならぬのであつて、たとい、そのうちのいくらかのひとびとにたいする苦痛の程度が、ほかのひとびとにたいするものよりひどい場合であつても、そうである、と考える。たとえば、工場の作業によつて、有毒な煙や有害な臭氣が、多量に逸出させられる場合をとりあげてみよう。右のような煙や臭氣は、それのとどく範囲内にいるすべての人にとつて、多かれ少かれ、嫌惡すべきものであつて、多かれ少かれ、一般的意味におけるニューサンスに妨害である。たしかに、その妨害は、離れたところにいる者にくらべれば、それに近い者にたいしては、より大きなニューサンスであり、またより大きな迷惑ではある。しかし、それでもなお、その達する範囲内にいるすべての人にとつて、それは、多かれ少かれ、ニューサンスであり、邪



魔物である。……しかし、もし、訴えられた妨害が、その發生する場所のすぐ近くにいるひとびとにとっては、大きなニューサンスであるが、それから離れているひとびとにとっては、なんらニューサンスでもなく、また邪魔物でもなく、ある場合には、好ましく、快適なものでさえあるようなときには、わたくしは、その妨害は、公的ニューサンスにはならないと考える。』

すなわち、ここでは、右のように、妨害が、「そのとどく範圍内にはいつてくるすべての人にたいしてニューサンスである」場合には公的ニューサンスであり、「その發生する場所のすぐ近くにいる人々にとつてニューサンスである」場合には私的ニューサンスである、とされているのであつて、要するに、兩者をどんな點で區別するのかということは、事實と程度の問題といふことになるのである。

(1) 'The King, on the Prosecution of Allen and Others, v. Lloyd, (1803) 4 Esp. 200, 201; 170 E. R. 691.

(2) (1851) 2 Sim. (N. S.) 133, 142-3; 61 E. R. 291, 295.

(3) 一方、責任條件について、公的ニューサンスと私的ニューサンスとを同じように扱おうとする傾向がみられる場合がある。

たとえば、一九四〇年のスィドリ・デンフイールド對聖ヨセフ外國傳道會事件 (Sealeigh-Denfield v. St. Joseph's Society for Foreign Missions, [1940] 109 L. J. K. B. 893, 貴族院 House of Lords における被告名は O'Callaghan) において、土地の占有者が、不法侵入者 (trespasser) によつて起されたニューサンスの存在を知りながらそれを放置して、隣人の權利を侵害するに至つた場合には、それにならして責任がある、と判決されたときに、右のことに關連して、貴族院のライト卿 (Lord Wright) は (109 L. J. K. B. 903 et seq.)、右の點については、私的ニューサンスと公的ニューサンスとの間に、なんらの相違をも見いだすことはできない、と述べている。また、同事件においては、ローマ卿 (Lord Romer) およびポーター卿 (Lord Porter) も、ライト卿と同じように考えた (109 L. J. K. B. 908 et seq.)。それはすなわち、右のような責任については、私的ニューサンスにたいする申立 (claim) と、公的ニューサンスから生じた個別的損害にたいする申立との間には、なんらの相違も存在し

英米法におけるニューサンス研究への序説

ない、ということであろう。

四〇四（一四六）

（一九五六・二・二）

— 未完 —